

Sygn. akt: KIO 1296/23

WYROK
z dnia 26 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie: Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2023 r. przez Odwołującego – **Umo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Sienkiewicza 61, 05-220 Zielonka, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, Komenda Główna Policji**, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy – **G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Holsters HPE Polska G. S.**, ul. Długa 15, 25-650 Kielce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Umo Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1296/23

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Komendę Główną Policji w Warszawie, w trybie przetargu ograniczonego na zamówienie z dziedziny obronności i bezpieczeństwa na *dostawę policyjnych kasków ochronnych z osłoną twarzy w ilości 3.800 szt. w ramach zamówienia podstawowego oraz do 3.200 szt. w ramach zamówienia opcjonalnego* (sygn. postępowania: 23/Cut/23/RG/PMP), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.02.2023 r., 2023/S 040-114606, wobec czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 27 kwietnia 2023 r., Wykonawca UMO Sp. z o.o., wniósł w dniu 08.05.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1296/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przez odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z powodu zajścia fakultatywnej przesłanki wykluczenia, która nie została wymieniona w zamkniętym katalogu przesłanek dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE (dalej jako „dyrektywa obronna” albo „dyrektywa 2009/81/WE”), a więc nie może być zastosowana przez Zamawiającego;
2. art. 149 Pzp przez niezaproszenie Odwołującego do złożenia oferty; ewentualnie
3. art. 109 ust. 3 Pzp i art. 16 pkt 3 Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy z okoliczności sprawy opisanych w załączonych do wniosku dokumentów wynika, że wykluczenie wykonawcy z postępowania byłoby nieproporcjonalne;
4. art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 3 Pzp przez wadliwą ich interpretację, polegającą na przyjęciu, że skoro do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa nie stosuje się art. 110 ust. 2 i 3 Pzp, to uzasadniony jest automatyzm w postaci zastosowania sankcji wykluczenia w stosunku do wykonawcy, który przeprowadził procedurę samooczyszczenia, gdy tymczasem art. 395 ust. 1 pkt 1 lit a) Pzp wskazuje jedynie na niezastosowanie przepisów o samooczyszczeniu (nie generuje sankcji w postaci automatycznego wykluczenia z postępowania), z kolei art. 109 ust. 3 ustawy Pzp (obligatoryjnie) wskazują na konieczność poprzedzenia decyzji o wykluczeniu z postępowania dodatkową analizą w zakresie proporcjonalności, której to analizy Zamawiający nie przeprowadził;
5. art. 146 w zw. z art. 16 i art. 147 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia z jakiego powodu Zamawiający uznał, że nie ma zastosowania art. 109 ust. 3 ustawy Pzp oraz brak przedstawienia w uzasadnieniu prawnym i faktycznym uzasadnienia uznania, że sankcja wykluczenia jest proporcjonalna w niniejszych okolicznościach;
6. art. 16 w zw. z art. 109 w zw. z art. 110 w zw. z przepisami art. 57 dyrektywy klasycznej w zw. z art. 39 dyrektywy obronnej przez wprowadzenie w błąd wykonawcę, w dokumentach postępowania (wzór oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia), że będzie badał towarzyszące odstępianiu od umowy na zasadach art. 110 ustawy Pzp w związku z brakiem szczególnej regulacji dot. badania braku proporcjonalności wykluczenia;

7.art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. Pzp przez uznanie, że możliwe jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust 7 ustawy Pzp bez weryfikacji okoliczności szczególnych uregulowanych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp co narusza zasadę efektywności prawa unijnego (*effet utile*).

Mając powyższe na względzie odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego, dokonania ponownego badania i oceny wniosków oraz zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 19.05.2023 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Holsters HPE Polska G. S.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Izba ustaliła, iż w odwołaniu zarzut z pkt 1, tj. *naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przez odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z powodu zajścia fakultatywnej przesłanki wykluczenia, która nie została wymieniona w zamkniętym katalogu przesłanek dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (dalej jako „dyrektywa obronna” albo „dyrektywa 2009/81/WE”), a więc nie może być zastosowana przez Zamawiającego, jest zarzutem spóźnionym*. Chociaż Odwołujący podnosił zarzut względem czynności odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to kwestionowanie możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, faktycznie należy odnieść do ustalonych na etapie ogłoszenia o zamówieniu zasad oceny wniosków. Zastosowanie fakultatywnej przesłanki wykluczenia w procedurze przetargowej wymaga uprzedniego wskazania w dokumentacji postępowania, a tym samym każdy wykonawca mając zastrzeżenia co do możliwości oceny podmiotowej wykonawcy w zamówieniu publicznym z dziedziny obronności i bezpieczeństwa we wskazanym zakresie, powinien podnosić zarzuty wobec treści ogłoszenia o zamówieniu ewentualnie treści specyfikacji warunków zamówienia. Tym samym również zarzut z pkt 2 odwołania dotyczący braku skierowania zaproszenia do złożenia oferty związany z zarzutem nr 1, nie mógł prowadzić do uwzględnienia odwołania.

W świetle powyższego rozpoznaniu podlegały zarzuty ewentualne związane z prawidłowością zastosowania przesłanki fakultatywnej wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, co Odwołujący odnosił do uchybień w zakresie procedury samooczyszczenia oraz oceny proporcjonalności decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, jak i samego uzasadnienia.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy działu VI Ustawy dotyczącego zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W art. 395 ust. 1 pkt 1 lit a) Ustawy ustawodawca wskazał na zastosowanie do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepisów, m.in. działu II dotyczących zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, z wyłączeniem wskazanych przepisów Ustawy, w tym art. 110 ust. 2 i 3.

W oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący oświadczył, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy i opisał podjęte na podstawie art. 110 ust. 2 pkt 1 Ustawy środki, szczegółowo opisane w odrębnym pliku wraz z załącznikami. W piśmie z 3.03.2023 r. nazwanym „Samooczyszczenie” złożył wyjaśnienia dotyczące umowy nr 145/25/Cut/21/AK z dnia 22 września 2021 r. na dostawę tarcz kuloodpornych średnich sztywnych oraz tarcz kuloodpornych małych sztywnych, od której Zamawiający odstąpił w związku z brakiem jej realizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Wykonawca odniósł się do okoliczności, które doprowadziły do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, a wynikały one ze zgłaszanych już od początku, tj. 13 października 2021 r. problemów z terminowym spełnieniem świadczenia spowodowanych pandemią COVID-19, a także wybuchem w dniu 24 lutego 2022 r. wojny na terenie Ukrainy. Dostawa nie została w ogóle zrealizowana, a Zamawiający w dniu 8 listopada 2022 r. odstąpił od umowy. Wykonawca dokonał zapłaty kary umownej w wysokości 319.734,20 zł.

Wykonawca do wniosku z dnia 13.10.2021 r. o zmianę terminu wykonania umowy do dnia 11.02.2022 r. załączył oświadczenie producenta z 10.10.2021 r., w którym ten wskazywał na problemy logistyczne w dostawie materiału balistycznego niezbędnego do produkcji tarcz. Termin dostawy tarcz określony został pierwotnie na 10.11.2021 r.

W piśmie z 08.02.2022 r. Wykonawca ponownie wskazał, iż nie jest w stanie dostarczyć tarcz we wnioskowanym terminie, tj. do 11.02.2022 r. i wystąpił o wydłużenie terminu dostawy do 22.07.2022 r. Z uwagi na brak odpowiedzi ze strony Zamawiającego na wniosek z 13.10.2021 r. Wykonawca wskazał, iż na czas oczekiwania korespondencji zwrotnej od Zamawiającego cały kontrakt został zamrożony. Zarówno producent, jak i Wykonawca zdecydowali tymczasowo wstrzymać czynności realizacji umowy. Pod koniec roku 2021 wspólnie z producentem powrócono do działań. Do wniosku załączone zostało oświadczenie producenta z 4.02.2022 r., w którym odnosił się do trudności organizacyjnych produkcji spowodowanych skalą zachorowań na COVID-19 i izolacją dużej części załogi. Jednocześnie producent wskazał, iż rozwiązał wcześniejszy problem z opóźnieniem w dostawie materiałów.

W kolejnym wniosku z 30.06.2022 r. Wykonawca powołał się na trwający konflikt zbrojny w Ukrainie i wpływ tego konfliktu na międzynarodowe łańcuchy dostaw. Wykonawca poinformował, iż zmiana w procedurach eksportowych uniemożliwia eksport produktów, jak i realizację zamówienia. Tym samym realizacja dostawy z tym producentem stała się niemożliwa. Wskazał na ciche embargo na dostawy do Polski, jako kraju wspierającego Ukrainę w konflikcie z Rosją i zaproponował dostawę innego produktu produkcji tureckiej. Z uwagi na niedostępność materiału balistycznego o obniżonej masie mógł zaoferować rozwiązanie alternatywne w zakresie tarczy średniej – o odmiennych wymiarach i masie. Z załączonego do wniosku oświadczenia producenta wynika, iż przeszkodą w realizacji dostawy miały być ograniczenia eksportu artykułów balistycznych do Unii Europejskiej.

Zamawiający odniósł się negatywnie do wniosku Wykonawcy w piśmie z 03.08.2022 r. oczekując nadal dostawy w zakresie zadania nr 2 w terminie zgodnym z zawartą umową. W dniu 8.11.2022 r. Zamawiający odstąpił od umowy w całości w związku z niedostarczeniem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w informacji z dnia 26.04.2023 r. dotyczącej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w odniesieniu do wniosku Odwołującego wskazał na podstawie jego odrzucenia z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy, mającą zastosowanie w sytuacji, gdy wniosek został złożony przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał na złożone przez Wykonawcę oświadczenie, w którym potwierdził, iż podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy oraz załączone wraz z tym oświadczeniem wyjaśnienia i dowody, mające uzasadniać odstąpienie od wykluczenia w ramach procedury samooczyszczenia opisanej w art. 110 ust. 2 Ustawy. Zamawiający wskazał, iż nie oceniał wyjaśnień i dowodów złożonych w celu samooczyszczenia z uwagi na wyłączenie przepisem art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a) Ustawy między innymi stosowania przepisu art. 110 ust. 2 i 3 Ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie (str. 4) o skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości, które dotyczyć miałyby implementacji art. 39 ust. 2 dyrektywy obronnej, sformułowanego w odpowiedzi na zarzut, który Izba oceniła jako spóźniony. Jednocześnie Izba pominęła wnioski Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na zarzut nr 3, a dotyczące błędnej implementacji w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp przepisów unijnych. Zamawiający wskazywał w tym zakresie na przepisy dyrektywy klasycznej (art. 57 ust. 3 i 4), które dopuszczają odstępstwo od obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na jego nieproporcjonalność wyłącznie w zakresie obligatoryjnej przesłanki, a nie przesłanek fakultatywnych. Jak wskazał sam Zamawiający przepisy dyrektywy pozostawiają państwom członkowskim kształtowanie przepisów, a skoro ustawodawca unijny dopuszcza odstąpienie od obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania, to skorzystanie z tego mechanizmu na poczet weryfikacji przesłanek fakultatywnych nie może być postrzegane jako sprzeczne z celem dyrektywy. Skoro Zamawiający zauważył różnicę, jaka dotyczy procedury samooczyszczenia, która wprost została w przepisach Ustawy wyłączona przy zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, to nie ma podstaw do traktowania inaczej decyzji ustawodawcy o braku wyłączenia stosowania art. 109 ust. 3 Ustawy. Ponadto, Zamawiający sam przyznał w odpowiedzi na odwołanie, iż dokonał oceny przesłanki wykluczenia pod względem jej proporcjonalności i możliwości zaniechania wykluczenia wykonawcy, a badanie w tym zakresie odniósł do wielkości naruszenia stanowiącej podstawę wykluczenia – niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w znacznym stopniu lub zakresie. W świetle powyższego Izba dokonała weryfikacji prawidłowości oceny Zamawiającego, o czym dalej.

Odnosząc się do wniosków prezentowanych w odwołaniu dotyczących błędnej implementacji przepisów dyrektywy obronnej w zakresie braku dopuszczenia procedury samooczyszczenia w odniesieniu do fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać niespójność przepisów krajowych z dyrektywą obronną. Jak wskazał Zamawiający dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U. L 216 z 20.8.2009 r.), w art. 39 nie wprowadza procedury samooczyszczenia przy fakultatywnych przesłankach wykluczenia. Tym samym całość argumentacji dotycząca instytucji samooczyszczenia stosowanej przy zamówieniach klasycznych i sektorowych nie ma odniesienia do stanu prawnego wynikającego z przepisów regulujących zasady na jakich udzielane są zamówienia obronne. Powyższe prowadziło do uznania, iż Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 110 ust. 2 i 3 Ustawy w sytuacji gdy przepis art. 395 ust 1 pkt 1 lit a) Ustawy wprost takie wyłączenie wprowadza dla zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Izba stosując Ustawę związana jest treścią przepisów, a te w przedmiocie sporu wyłączają samooczyszczenie w zakresie przesłanek fakultatywnych wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 2-10 Ustawy.

Odnosząc się zatem do zarzutów ewentualnych dotyczących prawidłowości zastosowania przesłanki fakultatywnej wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, powiązanych z oceną proporcjonalności decyzji o odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Odwołujący wytknął zarówno uchybienia formalne Zamawiającego, jak również zakwestionował ocenę merytoryczną okoliczności wskazanych przy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający odrzucając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu działał z naruszeniem przepisów Ustawy. W szczególności należało wskazać, iż decyzja o odrzuceniu miała umocowanie w ustalonych w postępowaniu zasadach oceny podmiotowej wykonawców, a Odwołujący nie wykazał, aby wykluczenie go z postępowania było oczywiście nieproporcjonalne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego braku wskazania w informacji o odrzuceniu wniosku uzasadnienia dokonania oceny pod względem proporcjonalności zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania w oparciu o fakultatywną przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, skład orzekający potwierdza potrzebę dokonania takiej oceny przed podjęciem decyzji o odrzuceniu wniosku Odwołującego. Jednocześnie, przychyłając się do argumentów Zamawiającego wskazuje, że brak uzasadnienia dla uznania, iż decyzja o odrzuceniu wniosku nie prowadzi do oczywistej nieproporcjonalności, nie oznacza, iż Zamawiający takiej oceny nie dokonał.

W sprawie nie budziło wątpliwości, iż odstąpienie przez Zamawiającego od umowy na dostawę tarcz ochronnych wypełniało przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, a Wykonawca wskazywał wyłącznie na naruszenie normy uzasadniającej odstąpienie od zastosowania sankcji wykluczenia, tj. oczywistej nieproporcjonalności. Dla rozstrzygnięcia zarzutów ewentualnych znaczenie miało ustalenie, czy brak wskazania w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu wniosku Odwołującego powodów dla których Zamawiający uznał, iż wykluczenie nie było oczywiście nieproporcjonalne, prowadzi do wadliwości decyzji niekorzystnej dla wykonawcy.

Mając na uwadze skutek przepisu art. 109 ust. 3 Ustawy należy uznać, iż dopiero powołanie się przez Zamawiającego na możliwość odstąpienia od zastosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia Wykonawcy z postępowania, oznacza konieczność podania uzasadnienia dla tego odstąpienia. W taki sam sposób w procedurze przetargowej dokonuje się każdej czynności potwierdzającej zastosowanie sankcji danej normy prawnej. Zatem, gdyby Zamawiający uznał, iż zachodzą podstawy do niezastosowania przesłanki wprowadzonej do postępowania, wówczas taką decyzję musiałby uzasadnić podejmując decyzję o wyborze oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, czy też kierując do niego

zaproszenie do złożenia oferty w przetargu ograniczonym. Zamawiający nie jest natomiast zobowiązany do uzasadnienia przyczyn braku uznania, iż wykluczenie z postępowania byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Skoro przepis wprowadza uprawnienie do odstąpienia, które w przypadku wypełnienia treści normatywnej powoduje, iż przesłanka wykluczenia nie znajduje zastosowania, to dopiero powołanie się na tą podstawę prowadzi do obowiązku szczegółowego uzasadnienia. Równocześnie to na Odwołującym podnoszącym brak zastosowania tej normy spoczywa w sporze z Zamawiającym wykazanie okoliczności, które czynić miały decyzję o wykluczeniu oczywiście nieproporcjonalną.

Przechodząc zatem do oceny okoliczności podanych przez Wykonawcę we wniosku i powtórzonych w podstawie zarzutów, skład orzekający uznał, iż ocena proporcjonalności nie może być rozumiana w szerszym kontekście jako decyzja o wykluczeniu ma na pozycję wykonawcy w postępowaniu, ale w kontekście zachowań i okoliczności które doprowadziły do niewykonania zamówienia. Tym samym Izba nie zgodziła się z argumentacją Odwołującego, w której prezentował konieczność badania skali niewykonanego zamówienia w stosunku do całości działalności i wykonanych umów. Takie podejście oznaczałoby bowiem, iż przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy w zasadzie traciłaby znaczenie przy dużych podmiotach z uwagi na skalę działalności, jednocześnie powodując, iż mniejsi przedsiębiorcy znajdowaliby się w gorszej sytuacji, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Ponieważ przepis traktuje o odstąpieniu od umowy z powodu jego niewykonania w znacznym stopniu lub zakresie, do czego doprowadziły przyczyny leżące po stronie wykonawcy, to właśnie w kontekście okoliczności towarzyszących niewykonaniu zobowiązania należy ocenić, czy wykluczenie z postępowania jest oczywiście nieproporcjonalne.

Odwołujący wskazując na przyczyny, które doprowadziły do braku wykonania umowy w całości w terminie znacząco wydłużonym na wnioski kierowane do Zamawiającego, wskazywał na uwarunkowania producenta sprzętu z Singapuru wywołane pandemią oraz wybuchem wojny w Ukrainie. Ogólnie należy wskazać, iż wystąpienie tych zdarzeń, jakkolwiek nadzwyczajne, to dotyczyło większości branż i działalności, które związane były i są z łańcuchami dostaw i produkcją światową. W szczególności utrudnienia wynikające z ograniczeń w dostępie do materiałów, wywołanych pandemią COVID-19 występowały już wcześniej i to z większym nasileniem z uwagi na wprowadzane od początku 2020 r. ograniczenia na świecie, co Wykonawca powinien mieć na uwadze składając ofertę w postępowaniu.

Odnosząc się do powodów, które miałyby w ocenie Odwołującego czynić decyzję o wykluczeniu z postępowania oczywiście nieproporcjonalną, skład orzekający uznał, iż złożone oświadczenia producenta nie wykazują w sposób przekonujący, aby zmiana warunków dostępności materiału balistycznego, jaka wystąpiła już na początku realizacji kontraktu, była spowodowana pandemią. Odwołujący nie wykazał, aby po zawarciu umowy we wrześniu 2021 r. nastąpiła istotna zmiana sytuacji producenta tarcz, która uzasadniałaby uznanie, iż Wykonawca nie mógł zabezpieczyć dostawy dla Zamawiającego. Zakładając bowiem, iż sytuacja wynikająca z pandemii nie wpływała obiektywnie na zmianę warunków dostawy, należy przyjąć, iż zawierając umowę Wykonawca powinien był te okoliczności mieć na uwadze. Przyjęcie w tej sytuacji zobowiązania do wykonania umowy nie może być tłumaczone następnie jako działanie podjęte z rozważą wymagając od profesjonalisty, w szczególności wobec dostaw mających znaczenie dla bezpieczeństwa Państwa. Zgłaszane Zamawiającemu już na początku kontraktu trudności nie zmieniają oceny zdarzenia, jakim było niewykonanie zamówienia w całości i to pomimo wydłużenie terminu dostawy. Z wniosków składanych Zamawiającemu wynika, iż to sam Wykonawca przyczynił się wraz z producentem do zawieszenia realizacji kontraktu, co tłumaczył oczekiwaniem na odpowiedź Zamawiającego w przedmiocie wniosków o zmianę terminu. Mając ważny kontrakt, takie zawieszenie obciąża w zasadzie tylko tę stronę, która podejmuje decyzję bez informowania o tym wcześniej Zamawiającego. Ponadto, to właśnie ta zwłoka mogła istotnie wpłynąć na brak realizacji umowy, wydłużając dostawę na okres po wybuchu wojny w Ukrainie. Nie można pominąć faktu, iż z dokumentów złożonych Zamawiającemu wynika, iż produkcja w ogóle nie została uruchomiona. Producent wyłącznie deklarował przygotowanie potrzebnych materiałów, a Zamawiający trwał w oczekiwaniu na rozwój sytuacji. Można uznać, iż Zamawiający dotrwał do momentu, w którym ostatecznie okazało się, że dostawa nie zostanie zrealizowana, co powoduje zasadność pytania o rzeczywistą gotowość do realizacji zamówienia ze strony producenta, za co odpowiedzialność spoczywa na Wykonawcy. W tej sytuacji odstąpienie od umowy w zasadzie stało się formalnością.

Również brak odpowiedzi Zamawiającego na wniosek o wydłużenie terminu dostawy nie uzasadniał zwolnienia z wykonania umowy, jak i konsekwencji prawnych jakie są następstwem późniejszego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Mając na uwadze charakter dostawy i szczególne wymagania, których nie spełniał zaproponowany alternatywny produkt, brak realizacji umowy doprowadził do tego, iż Zamawiający nie doposażył się w niezbędny sprzęt. Zawarcie umowy z Wykonawcą, który jako jedyny zaoferował produkt mający spełniać parametry zamówienia doprowadziło najpierw do wydłużenia terminu dostawy, a ostatecznie do jej niezrealizowania w żadnym stopniu. Nie można dopatrzeć się braku woli strony zamawiającej na umożliwienie wykonania dostawy z naruszeniem terminu.

W przypadku zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa wykonanie dostawy może mieć szczególne znaczenie, co jest okolicznością znaczącą dla oceny proporcjonalności wykluczenia z postępowania. Odwołujący przedstawił dowody, które mogły włącznie prowadzić do ustalenia, iż podmiot, który miał wyprodukować przedmiot dostawy okazał się nierzetelny i nie można na tej podstawie tłumaczyć oczywiście nieproporcjonalności oceny przesłanki wykluczenia z postępowania. Sytuacja ta jest inną od tej, kiedy uchybienia w realizacji zobowiązań umownych dotyczą części konsorcjantów, w szczególności, gdy jest podział zadań między realizującymi wspólnie zamówienie. Tu Wykonawca zawierając umowę w warunkach pandemii COVID-19 zobowiązany był zabezpieczyć interes Zamawiającego, a w przypadku istnienia przeszkód w realizacji umowy jego uprawnieniem był odstąpienie od zawarcia umowy. Pozwoliłoby to uniknąć negatywnych skutków, jakie mogą wynikać na gruncie przepisów Ustawy wobec wykonawców, którzy podlegać mogą fakultatywnym przesłankom wykluczenia.

Należy wskazać, iż w zamówieniach obronnych mogą obowiązywać szczególne zasady w zakresie bezpieczeństwa dostaw, co wynika wprost z art. 23 dyrektywy obronnej, gdzie dopuszczono możliwość *zobowiązania oferenta do ustanowienia lub utrzymania zdolności wymaganej do sprostania ewentualnemu wzrostowi potrzeb ewentualnemu wzrostowi potrzeb instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej, na warunkach do uzgodnienia (lit. d)*, jak również zobowiązania oferenta do *informowania instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego na czas o każdej zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, łańcuchu dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego*. Powyższe wskazuje na odmienne względem zamówień cywilnych zasady współpracy, a tym samym inny miernik znaczenia, jakie może mieć brak wykonania zamówienia z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Ponieważ Odwołujący nie wykazał istnienia obiektywnych podstaw, które czyniłyby nieproporcjonalną i to w stopniu oczywistym decyzję o odrzuceniu wniosku, Izba

nie miała podstaw do uwzględnienia odwołania i nakazania przywrócenia do oceny wniosku Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł. i obciążęła nimi w całości Odwołującego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:
.....